Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XV.

Bemerkungen über das ſ. g. Retentions-Recht.

Von

W. A. F. Cramer,
Bürgermeiſter in Dannenberg.

(Schluß des Aufſatzes Nr XII. im vorigen Heft.)

Zweiter Abſchnitt.

Die Erforderniſſe der Retentions-Befugniß.

§. 8. Allgemeine Bemerkung.

Die Erforderniſſe müſſen ſich aus der Begriffsbeſtimmung ergeben, und daher kann ein eigenes Kapitel über jene nur den Zweck haben, die einzelnen in dem Begriff liegenden Erforderniſſe näher zu erläutern. Es darf hier aber deshalb dieſer Abſchnitt nicht übergangen werden, um die bisher aufgeſtellten Behauptungen nicht unberührt zu laſſen.

In der oben gegebenen Begriffsbeſtimmung nun liegt es, daß die Retentions-Befugniß bedingt iſt: a) durch einen Anſpruch des Retentions-Gegners auf Herausgabe einer Sache oder auf eine Leiſtung; b) durch einen Rechtsanſpruch des Retinenten, und zwar: aa) einen fälligen, bb) einen ſolchen, deſſen Object nicht gleichartig iſt im Vergleich zu dem Object des Anſpruches des Gegners; c) durch einen ſolchen Zuſammenhang zwiſchen beiden Anſprüchen, daß in demſelben Verhältniß, aus welchem der Retentions-Gegner ſein Recht ableitet, ſeine Verpflichtung liegt, das Recht des Retinenten zu erfüllen.

§. 9. Der Anſpruch (jus, Klage) des Retentions-Gegners.

Dieſer Anſpruch kann ſehr verſchiedener Art ſein, und das Specifiſche hinſichtlich der Retentions-Befugniß liegt

in keiner Hinsicht in der Voraussetzung einer gewissen Beschaffenheit desselben. Fast allgemein ist freilich die Ansicht, daß ein solcher Anspruch vorauszusetzen, welchem gegenüber der Retinent Besitzer sei; oder vielmehr die mehrsten Rechtslehrer stellen den Besitz als ein nothwendiges Requisit der Retentions-Befugniß auf.[1]) Der Besitz ist aber so wenig ein nothwendiges Erforderniß der Retentions-Befugniß, daß diese, wie schon oben bemerkt ist, immer vice versa auch dem Gegner zusteht, wenn statt seiner der Retinent klagend auftritt. Die Richtigkeit dieser Behauptung, die von den Rechtslehrern bisher fast ganz übersehen ist, ergiebt sich daraus, daß die Merkmale, welche die Retentions-Befugniß bedingen, bei beiden Streittheilen gleich sind; sie folgt aus der Anwendung des oben §. 6 angeführten Grundes, daß die Geltendmachung eines Rechts durch die Erfüllung der aus demselben Rechtsverhältnisse entsprungenen Verpflichtungen bedingt ist, und läßt sich an den Fällen, in welchen das Retentions-Recht bisher unzweifelhaft angenommen worden, nachweisen. So wie der Commodatar gegen den Commodans, wenn dieser auf Herausgabe der Sache klagt, wegen Impensen retiniren kann, so kann, wenn der erstere, bevor er die Sache herausgibt, auf Erstattung der Auslagen klagt, gegenseitig Commodant diese Leistung zurückhalten. Ebenso bei der emtio, venditio etc etc.

Die Retentions-Befugniß des Käufers an dem Kaufgelde wegen drohender Eviction enthalten die l. 18 § 1. D. 18, 6; l. 24 C. 8. 43. Dies, so wie die Retentions-Befugniß des Verkäufers bis zur Zahlung des Kaufpreises, werden auch von den meisten Rechtslehrern als Fälle der Retentions-Befugniß aufgeführt. cfr. unter Andern Holzschuher l. c. p. 104 ff.[2]) Dieselben gerathen aber da-

1) cfr. Faselius, Lehre vom Ret.-Recht §. 4, wo das Retentions-Recht unter die commoda possessionis classificirt wird; Schenck l. c. §. 17. Luden l. c. §. 3 und 13. Holzschuher l. c. §. 4 ad. 6 sub b.

2) Vielfältig wird die Behauptung aufgestellt, z. B. bei Luden l. c.

durch mit ihrer Aufſtellung des Beſitzes als nothwendigen Erforderniſſes in Widerſpruch; oder ſie gelangen dahin, ſelbſt in den Fällen von Beſitz zu ſprechen, wo alle weſentlichen Merkmale des Beſitzes fehlen. Das iſt der Fall z. B. bei Schenck l. c. p. 51, wo es heißt:

„Ich vermag jedoch dieſe Verſchiedenheit darum nicht anzuerkennen, weil die res retenta bei der Compenſation, die Schuld des Compenſanten, von dem letzteren ebenſo beſeſſen (!!) wird, als bei dem jus retentionis. Man retinirt ja bei der compensatio nur den Inhalt ſeiner eigenen Schuld, welchen man bei der compensatio, wie bei der retentio, beſitzt (!!), nicht den der Schuld des Gegners, die man abrechnet.“

Der Beſitz gehört ſo wenig zu den Erforderniſſen der Retentions-Befugniß, daß ſelbſt derjenige, welcher eine ſpezielle Sache weder beſitzt noch detinirt, doch in Beziehung auf dieſelbe Sache von der Retentions-Befugniß Gebrauch machen kann. Dies kann z. B. bei dem venditor der Fall ſein, der gegen eine Klage auf Tradition der verkauften Sache wegen noch nicht gezahlten Kaufpreiſes retinirt. In Handels-Verhältniſſen trägt es ſich nicht ſo ſelten zu, daß der Verkäufer zur Zeit des abgeſchloſſenen Kaufcontracts noch gar nicht im Beſitze der verkauften Sache iſt. — Manche Rechtslehrer, z. E. Schenck, Luden l. c., pflegen das Retentions-Recht des Verkäufers und Käufers wohl als nicht eigentliches Retentions-Recht zu bezeichnen, um dadurch dem Widerſpruche, daß in dieſen Fällen kein Beſitz vorhanden ſei, zu begegnen; allein die Merkmale ſind dieſelben wie bei anderen Fäl-

---

p. 26.: „(Endlich) — kann — von einem Retentions-Recht nur alsdann die Rede ſein, wenn daſſelbe wirklich geltend gemacht wird“, daß das Retentions-Recht erſt durch eine wirkliche Klage und die Vorſchützung der exceptio ins Leben trete, und vorher gar nicht vorhanden ſei; allein von der Klage iſt nur die gerichtliche Geltendmachung abhängig, es iſt vorher exiſtent und kann auch ohne Klage durch Anerkennung des Gegners zur Geltung kommen.

len der Retentions-Befugniß; und dies muß für die Annahme derſelben allein entſcheidend ſein, um ſo mehr, da der Ausdruck hierfür in den Quellen der verſchiedenartigſte iſt, wie retinere potest, exceptio doli competit etc.

Wie durch die Aufſtellung des Beſitzes, als eines ausſchließlichen und unbedingten Erforderniſſes der Retentions-Befugniß, das Weſen dieſer Lehre gänzlich verkannt iſt, ſo iſt dies nicht minder durch die Behauptung einer beſtimmten Beſchaffenheit des Beſitzes geſchehen, indem darüber, welche Art des Beſitzes anzunehmen ſei, die Meinungen wiederum divergiren. Die Mehrzahl der Rechtslehrer verlangt nur naturalem possessionem, z. E. Holzſchuher l. c., wogegen Luden §. 13 behauptet: der Beſitz des Retinirenden könne ebenſowenig possessio ad usucapionem, als bloße detentio, ſondern nur possessio ad interdicta ſein. Einige verlangen bonae fidei possessionem, Andere, z. E. Schenck l. c. §. 23, behaupten, die possessio müſſe nur nicht im Verhältniß zu dem Gegner malae fidei oder vitiosa ſein. Diejenigen, welche die bonae fidei possessio als Erforderniß aufſtellen, ſtützen ſich auf ſolche Geſetzesſtellen,[3]) welche meiſtens über die Frage ſich auslaſſen, inwiefern der bonae fidei possessor (nicht aber der mal. fidei possessor) wegen Impenſen eine Gegenforderung hat. Der malae fidei possessor hat bekanntlich nicht in dem Umfange wie der bon. fid. possessor das Retentions-Recht, aber doch unzweifelhaft, z. E. wegen nothwendiger Impenſen, oder ſoweit die Sache meliorirt iſt.[4]) Die Ausübung der Retentions-Befugniß iſt aber davon abhängig, daß ein Gegenanſpruch zuſteht. Wenn z. E., wie l. 26 D. d. pign. beſagt, ein Pfandcontract nicht giltig abgeſchloſſen iſt, ſo beſteht kein Gegenanſpruch und ſelbſtverſtändlich daher auch keine Retentions-Befugniß.

Luden im Gegentheil ſtellt ſogar den Satz auf, der Retinent ſei immer malae fidei possessor; freilich nicht,

3) Z. E. §. 30 J. de rerum divisione.
4) L. 38 D. 5, 3. —

ohne mit ſich ſelbſt in Widerſpruch zu gerathen. §. 13 p. 58 heißt es nämlich: „da die Ausübung des Retentions-Rechts mit dem Bewußtſein geſchieht, daß die Sache einem Anderen gehöre, ſo wird vielmehr der Retinirende meiſtens (!) malae fidei possessor ſein müſſen;“ weiter unten §. 29 pag. 190 aber: „der Retinirende erſcheint aber ſtets als malae fidei possessor.“ Zu welchen exorbitanten Folgerungen dies geführt hat, davon gibt die Art, wie Luden die l. 12 §. 1 D. 47, 2 interpretirt (p. 219), einen Beleg. Als unbedingtes Erforderniß der Retentions-Befugniß kann vielmehr, wie gezeigt worden, weder die eine noch die andere Art des Beſitzes bezeichnet werden.

Man hat ſich ferner darüber geſtritten, wie die Sache, welche zu retiniren ſei, beſchaffen ſein müſſe, ob eine eigene, eine unkörperliche ꝛc. retinirt werden könne. Auch hierauf ergibt ſich die Antwort aus dem Begriff der Retentions-Befugniß. Daß auch ein jus, z. E. eine negative Servitut retinirt werden könne, iſt nicht zweifelhaft, abgeſehen davon, daß es in concreto Schwierigkeiten haben kann, zu entſcheiden, in wie weit eine quasi possessio vorhanden, und welche Parthei daher in der Lage des Beklagten ſei.[5])

§. 10. Der Anſpruch des Retinenten.

Des Retinirenden Anſpruch muß, wenn ſelbiger geltend gemacht wird, ein fälliger, darf daher zur Zeit der Anſtellung der Klage des Gegners weder durch eine Bedingung noch eine Zeitbeſtimmung beſchränkt ſein. Denn

5) Z. E. A iſt dem B 100 ſchuldig, er hält irrthümlich dafür, daß er 200 ſchuldig ſei. Sie ſchließen einen Contract, daß für die 200 das nachbarliche Grundſtück des A nicht bebaut werden dürfe. Wenn nun A den Irrthum entdeckt, ſo kann er nicht ohne Weiteres bauen, weil B (durch den im Uebrigen giltigen Contract) in den Beſitz der negativen Servitut gekommen iſt, cf. l. 6 §. 1 D. si serv. vindic., auch Savigny, Beſitz §. 46. Vielmehr muß A die condict. ind. gegen B anſtellen, weil die Servitut untheilbar iſt, B kann aber den Beſitz der Servitut retiniren, bis er mit ſeiner Forderung auf 100 befriedigt iſt.

ſonſt würde dadurch der Anſpruch des Gegners nicht elidirt werden können, dieſer vielmehr durch die Hinweiſung auf die Nichtfälligkeit die exceptio entkräften. Dies Erforderniß liegt in dem Grunde und Begriffe der Retentions-Befugniß, und es wird deßhalb eine Anführung, wie ſie z. E. bei Holzſchuher l. c. p. 101, Schenck l. c. §. 39 für die gegentheilige Anſicht in Beziehung auf eine betagte oder durch eine Reſolutiv-Bedingung beſchränkte Forderung hingeſtellt worden: weil nämlich die Geſetze nirgend die Beſtimmung enthalten, daß das Retentions-Recht eine ſchon fällige Forderung vorausſetze, von ſelber hinfällig. Das dort gleichfalls für die entgegengeſetzte Anſicht Angeführte, daß der dominus materiae, wenn er ſie bona fide in fremdes Eigenthum verbaut hat, die Materie zurückfordern oder Entſchädigung verlangen könne, jener Anſpruch aber nicht eher fällig werde, als bis das Gebäude zerſtört worden, beweiſ't hier deshalb nicht das, was es beweiſen ſoll, weil der alternative Anſpruch, inſoweit er auf Entſchädigung gerichtet iſt, eben nicht an die erwähnte Bedingung der Deſtruction des Gebäudes geknüpft, ſondern gleich fällig iſt.[7])

In Beziehung auf die Frage von der Fälligkeit iſt es von Wichtigkeit, den Satz nicht zu überſehen, daß bei Vertragsverhältniſſen ein Recht, ſobald es vorhanden iſt, auch in Wirkſamkeit treten könne, daß daher eine Vertagung von einer beſonderen Beſtimmung abhängig ſei, l. 14 D. 50. 17,

---

7) Es bedarf kaum des Nachweiſes, daß ein Beiſpiel von Retention für eine betagte Forderung, wie z. E. Faſellus l. c. §. 10 note e es hinſtellt: „Cajus verſpricht mir 10 Th. um Mich. 1793 zu geben und erlaubt mir, ſeine mir geliehene Uhr ſo lange zu behalten, bis ich befriedigt bin", nicht dafür ſprechen kann, daß die Retentions-Befugniß auch wegen einer nicht fälligen Forderung zuläſſig ſei. Hier hat eben Cajus ſein Rückforderungsrecht an eine Bedingung geknüpft, weshalb die Einrede, daß die Klage nach der eignen Willens-Erklärung des Klägers noch nicht begründet ſei, die Retention mit ſich bringt.

in omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti debetur. Die vielfache Verkennung der Consequenzen dieses Grundsatzes ist für die Lehre von dem Retentions-Recht nicht ohne Bedeutung gewesen. Schenck l. c. §. 4 p. 41 spricht z. E. dem Verkäufer das eigentliche Retentions-Recht ab, indem das Nichtleisten nur eine Folge der Grundsätze über die Reihenfolge der Leistungen sei. Derselbe l. c. p. 194 äußert über das Retentions-Recht der Wirthe:

„contractliche Grundsätze über die Reihenfolge der Leistungen stehen hier auch nicht entgegen, da der Wirth, wenn er Zahlung für solche Prästationen fordert, eben schon geleistet, den Gast befriedigt und deshalb seiner Seits auch Befriedigung zu begehren hat, die er jure retentionis zu sichern und zu beschleunigen nicht unbillig (!) unternimmt."

Allein nichts berechtigt dazu, anzunehmen daß, wenn in dieser Beziehung nicht ausnahmsweise Etwas speciell festgesetzt worden, die eine Leistung vor der anderen die Priorität habe. Das richtige Verhältniß wird vielmehr dieses sein: Enthält der Contract, die voluntas partium, nicht ausnahmsweise besondere Bestimmungen über die Reihenfolge der Leistungen, so kann der eine Contrahent so zeitig fordern als der andere, jeder aber erst alsdann durchdringen, wenn er seiner Seits geleistet oder wenigstens offerirt hat. Derjenige, welcher zuerst leistet, ohne Gegenleistung, gibt das Retentions-Recht aus den Händen, das gewöhnliche Creditiren beruht nicht (in der Regel) auf einem Vertrag, sondern auf dem einseitigen Aufgeben des Vortheils, den die Retentions-Befugniß gewährt. Da dieser Vortheil lediglich in der Sicherheit besteht, so pflegt es da nicht zu geschehen, wo die Sicherheit nöthig erscheint,[6]) aber wiederum sehr häufig da, wo in dieser

6) Z. E. im Marktverkehr, im Kaufmannsladen erfolgt in der Regel die Leistung und Gegenleistung gleichzeitig, der Verkäufer gibt mit der einen Hand, und empfängt mit der anderen.

Hinſicht nichts zu befürchten iſt, und daher, je nachdem die Umſtände[8]) das Fidiren bald auf der einen, bald auf der anderen Seite ungefährlich erſcheinen laſſen, von dieſem oder von jenem Theile zuerſt geleiſtet zu werden. Nach der Beſchaffenheit der Leiſtung, wie namentlich wenn die eine Leiſtung in einem facere beſteht, iſt die Gleichzeitigkeit oft ganz unthunlich. Will in ſolchem Falle die eine Parthei jenen Vortheil nicht aufgeben, ſo muß ſie denſelben, ſoll anders der Hauptvertrag überhaupt zu Stande kommen, auf andere Weiſe, z. E. durch ein eigenes pactum accessorium, Bürgſchaft ꝛc. zu erſetzen ſuchen.

Wenn nun, wie gezeigt, die Fälligkeit des Anſpruches des Retinenten als ein nothwendiges Requiſit erſcheint, ſo kann dagegen die Liquidität nicht als eine nothwendige Eigenſchaft des Anſpruchs des Retinenten oder als beſonderes Erforderniß der Retentions-Befugniß gelten. Die Frage über die Liquidität iſt, wie es jetzt auch von den meiſten Rechtslehrern geſchieht, als eine rein proceſſualiſche zu behandeln, und kommt es deshalb darauf an, ob die Klage auf Herausgabe in dem ordentlichen oder im Mandatsproceß angeſtellt wird.

Es wird hier nur noch der Frage zu erwähnen ſein, worin es ſeinen Grund habe, daß die Rechtslehrer bisher die ſonſt unzweifelhaft dem Proceß angehörige Unterſuchung über die Liquidität meiſtens bei der Rechtslehre ſelbſt abgehandelt haben. Dies dürfte ſich daraus erklären, weil das Intereſſe an der Retention von der Geltendmachung des fraglichen Rechts als exceptio abhängt, und ganz wegfällig wird, wenn der Retinent nach Maaßgabe der Proceßart wegen Illiquidität hiermit nicht gehört wird. Inſofern daher der Illiquidität wegen die

8) Der Verkäufer, Handwerker ꝛc. übergibt z. E. dem bekannten Mitcontrahenten, dem er fidirt, das zu Leiſtende, ohne die Gegenleiſtung vorher zu fordern. Bei dem Theater, Concert pflegt umgekehrt ſtets von den Beſuchenden zuerſt geleiſtet zu werden (indem ſie den Umſtänden nach ihrer Seits des Vortheils der Retentions-Befugniß nicht bedürfen).

retentio ganz wegfallen kann, hat man die Liquidität als Erforderniß aufgeſtellt. Z. E. Luden l. c. p. 177.

Der Anſpruch des Retinenten darf endlich nicht mit dem des Gegners ein völlig gleichartiges Object haben, indem ſonſt eine noch weiter greifende Wirkung als die retentio, nämlich die compensatio, eintritt.

§. 11. Der Zuſammenhang des Anſpruchs des Retinenten mit dem des Retentions-Gegners.

Der nothwendige Zuſammenhang zwiſchen beiden Anſprüchen, durch welche die retentio bedingt iſt, beſteht, wie oben bemerkt worden, in der Abhängigkeit der Geltendmachung des Rechts des Retentions-Gegners von der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung gegen den Retinenten. Connexität iſt daher ein weſentliches Erforderniß der Retentions-Befugniß. Einige Rechtslehrer, wie Lauterbach diss. de jur. ret. §. 23, Schweppe Röm. Pr. Recht §. 183, Luden l. c. §. 19—25 läugnen das Erforderniß der Connexität überhaupt; allein den Zuſammenhang überhaupt läugnen wollen, heißt nach dem Vorhergehenden, den eigentlichen Grund und die ganze juridiſche Bedeutung der Retentio verkennen. Die Geſetzesſtellen aber, auf welche man ſich hauptſächlich beruft, enthalten, wie unten gezeigt werden wird, wenigſtens zum größten Theile in der That keineswegs eine retentio ohne die erwähnte Connexität. Die meiſten Rechtslehrer geben daher auch die Connexität zu, aber in der richtigen Anſicht, daß nicht jede Art der Connexität die Retentions-Befugniß mit ſich bringe, ſtellen ſie zur näheren Beſtimmung derjenigen Connexität, welche die Retention bewirke, gewiſſe Kategorien auf. Allein dieſes Verfahren, eine Folge des nicht erkannten oberſten Satzes oder Princips, worauf die Retentions-Befugniß beruht, muß bei der Richtigkeit dieſes Princips zum mindeſten dem Zweck nach als überflüſſig erſcheinen. Die Beſtimmung der

erwähnten Kategorien iſt bei den verſchiedenen Rechtslehrern eine ſehr verſchiedene.[9])

Die Schwierigkeiten derjenigen Geſetzesſtellen, welche auch ohne Connexität ein Retentions-Recht zu ſtatuiren ſcheinen, z. E. l. 1; pr. D. 20, 1. l. 26 §. 4 D. 12, 6.; l. unica C. 8, 27.; l. 1 C. 8, 16 ſucht Schenck l. c. §. 45 dadurch zu beſeitigen, daß er eine poſitive Connexität behauptet, eine Behauptung, die er ſelbſt in die Begriffsfaſſung des Retentions-Rechtes mit aufgenommen hat. Hier ſcheint freilich näher gelegen zu haben, in den betreffenden Fällen ein poſitives Retentions-Recht zu ſtatuiren, ſtatt die Bedingung deſſelben (die Connexität), wo ſie nicht wirklich vorhanden, dennoch als poſitiv gegeben anzunehmen. Allein die erwähnten Stellen erklären ſich meiſtentheils ohne Schwierigkeit nach dem aufgeſtellten Begriff von retentio, indem ſie allerdings eine Connexität enthalten.

l. 1 pr. D. 20, 1.

Der Gläubiger, welchem eine fremde, dem Verpfänder nicht gehörige Sache als Specialpfand beſtellt worden, ſoll, nachdem der Verpfänder ſpäter das Eigenthum erworben, dennoch nicht die Sache als Pfand verfolgen, wohl aber ſelbiges retiniren können. Es erklärt ſich dies aus der übernommenen Verpflichtung des Debitors oder Verpfänders, die Sache als Pfand zu beſtellen, welche Verpflichtung der Beſitzer zur Begründung der Reten-

9) Z. E. Boehmer diss de jur. ret. §. 9, 10 und 11, Weber Pand. l. 16 lib. 2 §. 937, Seuffert Lehrbuch §. 104 Note 7 ſtellen drei Kategorien auf, Faſelius l. c., Wening-Ingenheim Lehrbuch p. 169, Thib. Syſtem §. 224 nehmen 5 Regeln an, Schnorr de. jur. ret. nennt ſechs Kategorien, Holzſchuher nimmt die von Schenck l. c. §. 55 aufgeſtellten vier Kategorien an, die er in drei zuſammenzieht. In der näheren Formulirung weichen die Rechtslehrer noch weiter von einander ab. cfr. das Nähere bei Schenck l. c. §. 5, Luden §. 19 und 20 und das oben §. 5 Note 1 Bemerkte.

tions-Befugniß als Einrede geltend macht. Daß dieſe Verpflichtung vorhanden, iſt nicht zweifelhaft. Der Verpfänder hat, als die Sache noch nicht in ſeinem Eigenthum war, dem Gläubiger ſelbige als Pfand verſprochen; ſobald er nun ſpäter deren Eigenthum erlangt, ſteht nichts mehr (indem jene Verpflichtung fortdauert) entgegen, daß er dieſelbe erfülle, und es iſt daher eine eben in Beziehung auf dieſe Sache zu löſende Verpflichtung. — Ein Pfandrecht ſelbſt findet noch nicht in Beziehung auf die Sache ſtatt, und daher noch nicht die Verfolgung vermöge der actio hypothecaria, wohl aber, wenn der Gläubiger ſie nicht beſitzt, die Klage aus der Convention gegen den Debitor, ihn die nunmehr erworbene Sache nach dem früheren Verſprechen als Pfand zu beſtellen; die retentio iſt auch hier als eine Folge des Satzes anzuſehen, daß der Eigenthümer mit ſeiner Forderung an die Sache nicht durchdringen kann, bis er die als Eigenthümer (alſo aus dem Grunde, welchen er für ſeine Klage geltend macht) ihm obliegende Verpflichtung erfüllt hat.

l. 26 §. 4 D. 12, 6.

Mit der condictio indebiti[10]) muß der Debitor ſeinen fundus zurückfordern (da niemand wider Willen zum Miteigenthum getrieben werden kann), der Gläubiger ſetzt ihm aber die Einrede entgegen, daß das indebitum nur ſoweit begründet ſei, als der debitor die ſchuldigen Hun-

10) Es heißt den Worten der Geſetzesſtelle mehr als Zwang anthun, wenn Luden l. c. §. 21 behauptet, die Klage ſei keine condictio indebiti, ſondern eine rei vindicatio, da ſie doch ausdrücklich als condictio bezeichnet wird, und noch überdies in dem Pandecten-Titel, der ganz vorzugsweiſe von der condictio indebiti handelt. Daß es die condictio ſei, iſt aber auch deßhalb außer Zweifel, weil dem Eigenthümer, indem er die rei vindicatio anſtellen wollte, die Einrede entgegenſtände, daß er die Sache ja in solutum gegeben habe; es iſt daher ein anderes Fundament, woraus die Klage abgeleitet werden muß, nämlich die irrthümliche Uebergabe.

dert ablöſe oder bezahle, alſo zwar nicht die pluris petitio, weil der fundus untheilbar, aber ſtatt deſſen die auf dem Rückforderungs-Recht des untheilbaren fundus ruhende Verpflichtung des Ablöſens der Hundert. Inſofern iſt nun ohne Zweifel die für die Retentions-Befugniß überhaupt erforderliche Connexität auch hier vorhanden, denn offenbar iſt die exceptio des Beſitzes *nicht in der früheren Schuldforderung begründet* (dann wäre allerdings keine Connexität vorhanden), weil dieſe durch die datio in solutum ganz erloſchen iſt und nicht wieder auflebt. Die Einrede iſt vielmehr als begründet anzuſehen in der Beſchaffenheit der conditio indebiti, d. h. in dem Verhältniſſe, daß der Debitor nur, inſofern er ſeine Verpflichtung wegen der Hundert getilgt, indebite geleiſtet hat. Und dieſe Einrede iſt es, welche die retentio begründet.

l. 1 C. VIII, 16.

Der Gläubiger kann, ſoweit er ſein Geld auf die Sache[11]) verwandt hat, hiernach dem dieſelbe zurückforderden Eigenthümer die Einrede entgegenſetzen, daß er dieſe Verwendungen erſt zu erſetzen habe. Der Gläubiger iſt hier bonae fidei possessor und hat ein Recht auf Erſtattung der Verwendungen. Der Eigenthümer kann alſo nur ſoweit mit ſeiner Rückforderung durchdringen,

---

11) Es liegt viel näher, die Verwendung auf das Haus zu beziehen, als, wie *Luden* l. c. §. 21 p. 119 annimmt, die Worte ſo zu verſtehen, daß damit überhaupt eine Verwendung zum Beſten des Principals bezeichnet ſei, da hier nämlich unmittelbar vorher von einer beſtimmten Sache, der domo, die Rede iſt. Der fernere Grund, den *Luden* hinzufügt: „Auch würde es ja höchſt unbillig ſein, dem Gläubiger, durch deſſen Geld ein Anderer bereichert iſt, aus dem einen Grunde daſſelbe Rechtsmittel zu verſagen, welches man ihm aus dem anderen Grunde zugeſteht.“, würde zu viel beweiſen, denn danach müßte die retentio wegen jeder Gegenforderung, abgeſehen von irgend einem Zuſammenhange, ſtatt finden, was doch bekanntlich nicht der Fall iſt. Cf. oben §. 5 Note 1, auch *Faſelius* l. c. §. 21 und den sub d daſelbſt angeführten Rechtsfall.

als er ſeiner Seits die auf ihm als ſolchen ruhende Verpflichtung, die Verwendungen zu erſetzen, erfüllt hat, oder ſich dazu erbietet. Die Forderung des Eigenthümers iſt durch Befriedigung der Gegenforderung des Beſitzers (Gläubigers) bedingt. Mehr Schwierigkeit macht die berühmte l. un. C. VIII, 72.

Wenn nach dieſer Conſtitution, was die Worte zu beſagen ſcheinen, der Pfandgläubiger auch wegen der nicht connexen Forderungen an den Schuldner das Retentions-Recht an der verpfändeten Sache ausüben darf, ſo erſcheint dieſe Stelle allerdings, wofür ſelbige auch von vielen Rechtslehrern erklärt iſt, als eine Singularität.[12]) Und gewiß mehr noch als dieſes, ſie erſcheint kaum erklärlich, den Satz in der Allgemeinheit genommen, daß der Gläubiger die Herausgabe eines ihm verpfändeten Grundſtück's, in deſſen Beſitz er ſich befindet, auch wegen eines Darlehns, wofür es nicht verpfändet worden, verweigern könne, denn es iſt nicht zu erſehen, wie hier die exceptio doli mali begründet ſein könne.[13]) Aus der aequitas, d. h.

---

12) Luden l. c. p. 110 glaubt nach ſeiner Theorie über die Schwierigkeit dadurch hinwegzukommen, daß der Gläubiger die Sache nicht deßhalb retiniren dürfe, weil ſie ihm verpfändet worden, ſondern nur deßhalb, weil er ſie beſitze, mit anderen Worten, weil die Sache von ihm als Beſitzer, d. h. durch eine in rem actio zurückgefordert würde; allein dies ſagt nichts, er bleibt die Erklärung ſchuldig, weßhalb hier der Beſitzer eines bloßen Darlehns wegen retiniren könne, ſonſt müßte der Beſitzer ſtets jede Forderung an den Eigenthümer wegen des Retentions-Rechts geltend machen können.

13) Die manchen Verſuche, die gemacht ſind, den Grund für eine ſolche extravagante und anomale Geſetzesvorſchrift, als in dieſer l. unica enthalten ſein ſoll, aufzufinden, und den Kaiſer Gratian deßfalls zu rechtfertigen, können nicht als gelungen angeſehen werden. Es erklären z. E. die früheren Commentatoren des Codex meiſtens, unter Andern Cujacius, die exceptio doli hier auf folgende Weiſe: Ratio hujus juris haec videtur esse, quia improbe facere videatur debitor; — qui id tantum aes alienum solvit, quod sub pignore debet, quoniam id non tam sua sponte facere videtur, quam coactus vinculo et nexu pignoris etc., und Schenck bemerkt: „Es widerſtrebe dem Billigkeitsgefühle,

dem Verhältniß, wonach die Streitparthei dasjenige, was ſie zu ihrem Vortheil geltend machen will, auch ſo weit es zu ihrem Nachtheil gereicht, für ſich gelten laſſen muß, läßt ſich der Ausſpruch der l. unic. nicht ableiten. Denn dazu gehört eine Verbindung zwiſchen dem Beſitz und und der Forderung und dem Darlehn. Wenn daher nicht vorausgeſetzt werden kann, daß das Reſcript einen beſonderen Fall vor Augen gehabt habe, bleibt nichts übrig, als daſſelbe in die Reihe willkührlicher poſitiver Beſtimmungen zu ſtellen.

Dritter Abſchnitt.

Einzelne Fälle der Retentions-Befugniß.

§. 12. Die Claſſification der verſchiedenen Fälle.

Da der oberſte Satz, daß niemand aus einem Rechtsverhältniß einen Anſpruch geltend machen kann, bevor er die für ihn daraus herfließenden Verpflichtungen ſeiner Seits erfüllt hat oder zu erfüllen bereit iſt, in den ver-

---

wenn eine zur Sicherheit einer Forderung dem Gläubiger übergebene Sache von ihm herausgegeben werden ſolle, wenn dem Gläubiger genau nur die Pfandforderung getilgt worden. Im Verkehr des Lebens finde es ſich häufig, daß der Gläubiger, welcher zur Sicherheit einer Forderung bereits ein Pfand empfing, zu neuen Anleihen von dem drängenden Debitor veranlaßt werde" ꝛc. — Dieſe Deduction iſt aber offenbar auf die Vorausſetzung beſtimmt gearteter Nebenumſtände baſirt. Das Rechtsverhältniß, von welchem die Rede iſt, kommt aber auch (und im täglichen Leben vielleicht eben ſo häufig) unter Nebenumſtänden entgegengeſetzter Beſchaffenheit vor. Mancher debitor mag improbe zu handeln ſcheinen, wenn er zu Werke geht, wie eben angeführt iſt, es findet ſich aber ebenſowohl, daß ſich von ihm ſagen ließe, er handle improbe, wenn er mehr als die Pfandſchuld berichtigt, z. E. wenn der debitor ältere und dringendere Schulden an andere Debitoren zu berichtigen hat ꝛc. Dies iſt keine aequitas, welche eine exceptio doli begründen kann; ſolches Verfahren würde dahin führen, die Billigkeit bei jedem Rechtsgeſchäft, je nach der Beſchaffenheit der Nebenumſtände, inſofern dieſe bald für, bald gegen eine Parthei das Mitgefühl anzuregen geeignet ſind, eintreten zu laſſen.

schiedenartigsten Beziehungen vorkommen kann, so gilt dies auch von der Retentions-Befugniß. Es kann hier nun nicht die Aufgabe sein, alle verschiedenen Fälle aufzuführen. Dagegen darf es nicht übergangen werden, diejenigen Fälle einer Betrachtung zu unterziehen, in welchen die Rechtsquellen vorzugsweise der Retentions-Befugniß Erwähnung thun, und welche daher auch von den Rechtslehrern, die diese Materie bearbeitet haben, zunächst als Retentions-Fälle aufgestellt werden, jedoch nicht ohne daß sich vielfältige Controversen daran knüpfen. Dieselben können aus verschiedenen Gesichtspunkten classificirt werden. Es liegt am nächsten, hier insofern eine Eintheilung zu machen, je nachdem die Verpflichtung, von welcher die Durchführung des Rechts des Retentions-Gegners abhängig ist, auf einem persönlichen Rechtsverhältnisse beruht, sei es einem Contract, einem einseitig verbindenden Rechtsverhältniß (Delict), einem Quasi-Contract und Quasi-Delict, in dem hier der Retinent zugleich ein Klagrecht hat (eben wegen der persönlichen Verpflichtung) oder auf einem dinglichen Rechtsverhältnisse, wo die res als obligata anzusehen ist, indem der Retinent sich lediglich an der Sache halten kann, und daher kein Klagrecht hat.

§. 13. Diejenigen Fälle, in denen die Verpflichtung des Retentions-Gegners auf einem persönlichen Rechtsverhältniß beruht.

1) Bei Contracten: daß beim Kaufcontract die Retentions-Befugniß vice versa Platz greife, dem Verkäufer, wenn der Käufer, ohne vorher geleistet zu haben, klagt, und umgekehrt dem Käufer zustehen könne, ist schon oben wiederholt bemerkt, cfr. §. 11. Es ist in den rechtlichen Grundsätzen über den Kaufcontract begründet, und zunächst in dem Satze, daß derjenige, welcher Rechte aus einem Rechtsverhältnisse geltend machen will, zuvor die daraus für ihn entspringenden Verpflichtungen erfüllen muß. Das Retentionsrecht des Verkäufers spricht unter

anderm l. 13 §. 8 D. 19, 1 klar aus. Luden l. c. Schenck l, c. p. 42 behaupten zwar, dies ſei nicht das eigentliche Retentions-Recht, allein da ſämmtliche Merkmale, die in Beziehung auf das Retentions-Recht in Betracht kommen, hier vorhanden ſind, ſo iſt dies eine leere Behauptung. Wenn Luden (§. 16) bemerkt, daß die Einrede des emtor die exceptio non adimpleti contractus ſei, ſo iſt dies ganz richtig, allein die retentio tritt auch in der Form dieſer Einrede ein. Das Retentions-Recht des Käufers iſt unter andern ausgeſprochen in l. 25 D. d. act. emt. 19, 1 l. 5 §. 4 D. d. dol except. 44, 4., die Retentions-Befugniß des Käufers an dem Kaufgelde bei drohender Eviction, bis ihn der Verkäufer wegen Verluſtes der res vendita oder des Kaufpreiſes im Falle der Eviction ſicher geſtellt, in l. 18 §. 1 D. 18, 6; l. 24 C. 8, 45. cfr. Holzſchuher l. c. p. 106 Schenck §. 62 sub. lit. c. p. 218. Letzterer gibt an dieſem Orte das Retentions-Recht unumwunden zu, obgleich er vorher §. 4 p. 42 daſſelbe als nicht eigentliches Retentions-Recht bezeichnet. Derſelbe, wie ferner auch Holzſchuher, kommen dadurch mit ſich in Widerſpruch, wenn ſie den Beſitz, und zwar in juriſtiſcher Bedeutung, unbedingt als Erforderniß der Retentions-Befugniß poſtuliren.

Es gehört zum Inhalt der Pflicht des Verkäufers, daß er Eigenthum übertrage, und er muß es mithin ſelber bisher gehabt haben; der Käufer kann daher, ſtreng genommen, außer der Tradition der Sache die Nachweiſung des Eigenthums verlangen. Dies würde aber in der Regel nicht thunlich oder ſchwierig ſein, daher läßt der Käufer in der Regel mit der in jener Verpflichtung des Verkäufers im Allgemeinen ſchon liegenden weiteren Verpflichtung ſich genügen, daß der Verkäufer ihm event. den Schaden erſetze. Klagt nun der Verkäufer auf Zahlung des Kaufgeldes, ſo ſetzt ihm der emtor entgegen, daß er ſeine in Beziehung auf die Uebertragung der Sache ihm obliegende Verpflichtung noch keineswegs erfüllt habe, denn es ſtelle ſich heraus, daß das Eigen-

thum des Verkäufers in Zweifel ſei. Der Verkäufer muß daher dieſen Zweifel erſt beſeitigen, bevor er ſeiner Seits mit der Forderung auf die Gegenleiſtung durchdringen kann; und hieraus folgt die retentio.

Der Satz ferner, daß wenn für jede einzelne Sache der Kaufpreis beſonders feſtgeſetzt war, die Retention nur an der von der Eviction bedrohten Sache ausgeübt werden könne (l. 72 D. 21, 2, cfr. auch Holzſchuher l. c.), verſteht ſich von ſelbſt, da dann nämlich verſchiedene Kaufverträge vorliegen: ebenſo die wieder hiervon gemachte Ausnahme; wenn nicht der Fall von der Art, daß der Käufer nur um der bedrohten Sache willen die übrigen mit gekauft hat, denn hier ſind mittelſt dieſer Nebenbeſtimmung, als vermittelnden Gliedes die ſonſt als verſchiedene einzelne Kaufverträge anzuſehenden Beredungen wieder in Einen complicirten Kaufvertrag zuſammengebracht. Ebenſo, wie beim Kaufcontract, kann bei der locatio conductio die Retentions-Befugniß auf verſchiedene Weiſe ſtattfinden z. E. das Retentions-Recht des Vermiethers an den illatis et invectis, in den Rechts-Quellen als ſtillſchweigendes Pfandrecht bezeichnet, des Verpächters, des Vermiethers an der vermietheten Sache bis zur Zahlung des Miethpreiſes. Denn daß, wenn nicht durch den Vertrag wegen der Zahlung eine ausdrückliche Beſtimmung getroffen worden iſt, dann der Vermiether ebenſowohl zuerſt den Miethpreis (und zwar für die ganze Dauer der Miethzeit, wenn die Miethe auf eine beſtimmte Zeit, und für den nächſten Zeitabſchnitt, wenn dieſelbe auf Kündigung geſchloſſen worden), als der Miether zuerſt die Einräumung der Wohnung fordern, jeder aber erſt alsdann mit der Klage durchdringen könne, wenn er ſeiner Seits präſtirt hat, iſt nach den oben entwickelten Grundſätzen nicht zweifelhaft. Es kommt auch beides, das Nachzahlen, ſo wie das Pränumeriren abſeiten des Miethers im täglichen Leben vor, nur daß, weil die Leiſtung des Vermiethers nicht in einem Moment

geschehen kann, sondern sich auf einen Zeitabschnitt erstreckt, derselbe auch anderer Seits durch die retentio an den illatis gesichert ist, die Nachzahlung des Miethers das Uebliche ist. Der von Schenck l. c. p. 102 aufgeführte Fall eines Retentions-Rechts des locator an der res locata, z. E. wenn locator eines Reitpferdes, während das Benutzungs Recht des Miethers fortdauert, dasselbe mit beschädigtem Sattel und Zeug wieder zugelaufen ist, erscheint ebenfalls als eine Consequenz des Satzes: daß aus einem Rechtsverhältniß (hier dem Miethvertrage) keine Parthei ein Recht geltend machen kann, bis sie ihrer Seits die daraus für sie entspringenden Verpflichtungen für Ersatz des Schadens) erfüllt hat. Aus denselben Gründen, wie überhaupt in contractlichen Verhältnissen die Retentions-Befugniß unter mannigfaltigen Voraussetzungen stattfinden kann, ist auch die Retentions-Befugniß der Handwerker, der Künstler ꝛc. zu beurtheilen. Es ist daher auch richtig, wenn Holzschuher l. c. p. 105 bemerkt: „ob den Schriftstellern an den Manuscripten, dem Künstler und Handwerker an dem gelieferten opus Retention zu gestatten sei, bis Zahlung erfolgt, kann aus den Rechten des Vertrags entschieden werden.“ Allerdings kann dies nur aus dem Contractsverhältniß entschieden werden, allein auf andere Weise, als es von Holzschuher und Schenck l. c. p. 191 verstanden wird, welcher Letztere auch hier die Zurückhaltung aus einer contractlichen Reihenfolge der Leistungen ableitet.

In Beziehung auf den Mandats-Contract ist der Retentions-Befugniß des Anwalts an den ihm zum Zweck der Proceßführung übergebenen Acten und Urkunden speciell zu erwähnen, weil darüber mehrfach gestritten ist. Schenck l. c. p. 186 leitet dasselbe aus dem Grunde ab, weil auch ein Aufwand auf eine Sache in Handlungen bestehen könne, und insofern Connexität vorhanden sei; allein wenn auf die Objecte (Acten, Documente), auf welche die Klage gerichtet ist, gesehen wird,

so kann das Honorar des Procurators nicht wohl als Aufwand auf die Sache angesehen werden. Auf Herausgabe der Acten wird geklagt; der Beklagte opponirt die Einrede: aus dem abgeschlossenen Contracte folge gleichfalls die Verpflichtung, ein Honorar zu zahlen, die Auslagen zu vergüten, daher, bis diese Verpflichtung, durch welche das aus dem Contract abgeleitete Klag-Recht bedingt ist, erfüllt worden, oder die Erfüllung wenigstens offerirt sei, könne die Klage nicht durchdringen; und davon ist denn die Retentions-Befugniß die Folge. In l. 25 in fin. l. 26 D. 3, 3. ist diese Retentions-Befugniß ausgesprochen. Wenn dessenungeachtet Luden p. 172 dies Retentions-Recht in Abrede stellt, so verstößt dies nicht nur gegen die unzweifelhafte Natur des Mandatscontracts, sondern auch gegen die hiermit übereinstimmende Erklärung jener Gesetzesstellen; die Interpretation, womit Luden diese Stelle zu beseitigen sucht, daß nämlich retentione aliqua uti velit so viel heißen solle, als:

wenn dem Procurator die Zurückbehaltung der Verwaltung von einigen Interesse sei

steht im Widerspruch mit dem nisi — solvere, indem dieses eben auf die Forderung geht, derentwegen retinirt wird. Die Gesetzesstelle l. 8 pr. D. 17, 1 kann ferner Luden nur dadurch für seine Ansicht benutzen, indem er ganz willkührlich hineinlegt, daß die instrumenta wegen Verwendungen zurückgehalten werden, während in derselben nur davon die Rede ist, welcher Klage sich der Auftraggeber zur Wiedererlangung der instrumenta zu bedienen habe.

Auch in Beziehung auf das contractliche Retentions-Recht der Schiffsrheder, Gast- und Stallwirthe kommt Schenck l. c. auf die Grundsätze über die Reihenfolge der Leistungen zurück, was sich durch die hiergegen wiederholt hervorgehobenen Bemerkungen widerlegt.[14]) Mit

14) Daß vielmehr auch hier nur die Rücksicht, inwiefern der eine Theil ohne Gefahr für die Gegenforderung zuerst leisten könne, und nicht

Recht wird übrigens bei den Billardeur's und Schenkwirthen das Retentions-Recht an den Sachen der Gäſte nicht ſtatuirt, weil es nicht in dem Contract zu liegen pflegt, daß der abgelegte Hut, Rock ꝛc. dem Wirth zur Aufbewahrung übergeben wird. Ferner iſt vielfach die Frage ventilirt, in wieweit dem Geſinde ein Retentions-Recht am Geſindedienſte bis zur Zahlung des Lohnes zuſtehe, Holzſchuher l. c. erklärt daſſelbe für ganz verwerflich.[15]) Schenck l. c. §. 58 l. m. verwirft es ebenfalls, indem er bemerkt: „Am Geſindedienſt läßt ſich kein den andern ausſchließender Beſitz denken; höchſtens an der habitatio; allein zwiſchen der habitatio und der Forderung iſt keine Connexität.“ Dieſe Bemerkungen treffen das Richtige freilich inſofern, als ein Beſitz an dem ganzen Inhalt des Geſindedienſtes von Seiten des Geſindes nicht ſtattfindet; allein nicht ſtichhaltig iſt die Behauptung daß die, habitatio des Geſindes mit der Forderung nicht connex ſei, denn beide deriviren aus dem Geſindecontract.

Auf den Beſitz als ſolchen kommt es allerdings inſofern an, als davon abhängt, wer als Beklagter erſcheint. Die Beköſtigung, die gewöhnliche habitatio des Geſindes, kann daſſelbe nicht in der Weiſe zurückhalten, daß es erſt einer Klage abſeiten der Herrſchaft bedürfte, um von der Leiſtung befreit zu werden; vielmehr kann die Herrſchaft damit ausreichen, die Leiſtungen einzuſtel-

---

die contractliche Reihenfolge der Leiſtungen darüber entſcheide, wer zuerſt leiſte, läßt ſich aus manchen Beiſpielen zeigen; ſo pflegt z. E. der Hotelwirth zuerſt zu leiſten, indem er durch die eingebrachten Effecten Sicherheit hat, während in dem beſuchten Kaffeehaus der Kellner die Waare nur erſt gegen Empfang des Geldes aus der Hand zu geben pflegt.

15) Die Rechtslehrer äußern ſich über dieſes Retentions-Recht ſehr ſchwankend. Lauterbach d. ret. §. 21 bemerkt: es ſei eine quasi retentio. Auch Faſelius l. c. §. 18 giebt es zu, daß die Praxis für ein Retentions-Recht des Geſindes ſei, äußert aber, es ſei dies kein eigentliches Retentions-Recht. Es fehlt aber die Antwort auf die Frage, warum es bald ein nur quasi Retentions-Recht, bald kein eigentliches Retentions-Recht ſein ſolle.

len. Wo aber das Geſinde in Folge des Dienſtverhältniſſes in concreto etwas in Händen hat, zu deſſen Rückerwerb es erſt einer Klage bedarf, da findet ohne Zweifel die Retentions-Befugniß allerdings ſtatt. Dies z. E. bei einer abgeſonderten habitatio, wozu der Dienſtbote den Schlüſſel hat. Der Dienſtbote gibt letzteren nicht ab. Die Herrſchaft muß mithin klagen, zur Begründung ſich auf den Dienſtcontract, und daß dieſer beendigt ſei, beziehen; dem opponirt der Dienſtbote mit Fug die Einrede, daß die Zahlung des Lohnes gleichfalls in dem Contracte liege und noch nicht erfüllt ſei, des Klägers Erfüllung aber ſeine Rechte aus dem Contracte bedinge. Beſtritten iſt auch die Retentions-Befugniß des Commodatars wegen Gegenforderungen. Die meiſten Rechtslehrer räumen ſie dem Commodatar ein, auch wegen Impenſen, welche mäßig und nothwendig und durch den Nutzen des Commodats nicht aufgewogen werden. Schenck l. c. §. 61. Es ſpricht hierfür l. 59 D. 47, 4. Aehnlich die l. 15, §. 2. D. 47, 2. Die Retentions-Befugniß ergibt ſich nun auch aus der Einrede, daß der Commodant, die Sache in Anſpruch nehmend, auch die aus dem Verhältniß, woraus er Rechte für ſich ableitet, anderer Seits entſpringenden Verpflichtungen erfüllen muß. Luden l. c. §. 25 beſtreitet jedoch das Retentions-Recht des Commodatars. Eine Betrachtung der Gründe, welche derſelbe für ſeine Anſicht anführt, und der Art und Weiſe, wie er die derſelben entgegenſtehenden Geſetzesſtellen auslegt, dürfte aber deren Unhaltbarkeit ergeben. Zunächſt deducirt er aus der Natur des Leihcontracts ſo:

„Bei der Abſchließung des Leihcontracts nämlich verſpricht der Commodant dem Commodatar, ihm die Sache entweder zu einem beſtimmten Gebrauche, oder auf eine beſtimmte Zeit zu überlaſſen, ſo wie der Commodatar verſpricht, die Sache nach geſchehenem Gebrauche oder nach Ablauf der Zeit zurückzuerſtatten. Warum die Koſten, welche er auf die Sache verwendet,

ihn von dieſer Verbindlichkeit befreien ſollen, dafür ſcheint (?) es eigentlich keinen Grund zu geben, um ſo weniger, da er ſich durch die actio commodati contraria gegen Verluſte ſchützen kann."

Wenn Luden hier von einer Entwickelung des Inhalts des Leihcontracts ausgegangen, ſo iſt dies der richtige Geſichtspunkt, allein der Inhalt iſt unvollſtändig angegeben. Außer Acht iſt gelaſſen, daß jeder Contract auch eine Reihe Neben-Rechte und Verpflichtungen enthält, und daß, ſoweit die Contrahenten nicht ausdrücklich ſich hierüber ausgeſprochen haben, darüber die Beſtimmungen geltend ſind, welche die Geſetze an dieſes Rechtsverhältniß geknüpft haben. Der Umfang, in welchem ſich (hier und bei anderen Contracten) die Contrahenten ausdrücklich ausſprechen, pflegt je nach der größeren oder geringeren Vorſicht oder Geſetzes-Kenntniß und nach der Wichtigkeit des Gegenſtandes ſehr verſchieden zu ſein. Daher iſt jene Luden'ſche Entwickelung unvollſtändig; es gehört vielmehr auch zum Inhalt des Leihcontracts unter anderm die Verpflichtung des Commodanten, die impensas necessarias (wie oben näher erwähnt) zu erſtatten. Eben weil der Commodatar die actio commodati contraria hat, ſteht ihm auch das Retentions-Recht zu. Hiermit ſtimmen die oben erwähnten Geſetzesſtellen überein. Luden l. c. legt ſelbige jedoch anders aus: die Worte nam si impensas necessarias in rem commodatam fecerat, interfuit ejus potius per retentionem eas servare, glaubt er folgendermaßen erklären zu können:

Dem Commodatar muß daran gelegen ſein, die Sache vorläufig zu behalten, und abzuwarten, ob der Commodant ſich nicht vielleicht im Wege der Güte zu der Erſtattung der Koſten verſtehen wird.

Dieſe Erklärung plauſibel zu machen, behauptet er: Es iſt durchaus nicht einzuſehen, warum dem Commodatar daran gelegen ſein müſſe, ſein Intereſſe lieber vermittelſt der Einrede des Retentions-Rechtes wahrzuneh-

men, als durch den Gebrauch der actio commodati contraria. Allein das Interesse besteht ja gerade darin, daß es für den Commodatar nicht gleichgültig ist, ob er blos hintenher die actio contraria anstellen, oder das ihm zustehende Recht durch die Einrede der Retentions-Befugniß sicher stellen könne. Um jene auffallende Behauptung zu verstehen, muß man sich erinnern, daß, wie oben bemerkt worden, Luden gänzlich in Abrede stellt, die retentio gewähre dem Beklagten den Vortheil der Sicherheit. Weder die Stellung eines Beklagten, als solchen, noch das Innebehalten der Sache ꝛc. soll demselben einen Vortheil gewähren? eine Ansicht, die nicht der Widerlegung bedarf; um so weniger, da Luden sich selber widerlegt, indem er dennoch die Ansicht ausspricht, daß das Zurückhalten der Sache den Commodanten dazu nöthigen könne, die Impensen auf dem Wege der Güte zu erstatten.

Die Frage, ob dem Depositar wegen Verwendungen die Retentions-Befugniß zustehe, ist sehr bestritten.[16]) Allein die l. 11 Ca. depositi vel contra 4, 34 läßt sich nicht wohl anders verstehen, als daß dem Depositar wegen Gegenforderung die deponirte Sache zurückzuhalten nicht gestattet sei, jene vielmehr erst nach Zurückgabe der Sache zu erledigen sei. Für die Ansicht, daß im älteren Römischen Rechte diese Bestimmung nicht geltend gewesen, ist die bekannte Stelle ex Modestinii lib. differ. 2. angeführt, allein die Worte: quamvis — intersit, können nicht allein dahin verstanden werden, obgleich es für den Depositar vom Interesse sein mag, sich des Retentions-Rechtes bedienen zu können, sondern auch: obgleich das Retiniren (als factum betrachtet) wegen der Impensen für ihn von Interesse ist.

Der Grund, daß im Römischen Rechte auf diese Weise von der gerichtlichen Beurtheilung der in dem Hinterlegungs-Vertrage begründeten Forderung auf Zu-

16) cfr. Schenck l. c. §. 61.

rückgabe der deponirten Sache die aus dieſem Vertrage gleichmäßig und nothwendig entſpringenden Neben-Verpflichtungen ꝛc. ausgeſchloſſen ſind, liegt ohne Zweifel in dem als vorherrſchend angeſehenen Geſichtspunkte, daß bei der meiſtens, oder doch oft, durch einen Nothzuſtand herbeigeführten Hinterlegung vorzugsweiſe zu berückſichtigen ſei, daß die Treue und der Glaube, welche bei dem Depoſitar vorausgeſetzt werden, keinerlei Schwächung erleiden dürfe. Den Contrahenten aber bleibt nur übrig, den Nachtheilen, welche dem Depoſitar aus dieſer anomalen Beſtimmung zu entſpringen drohen, durch einen ausdrücklichen Neben-Vertrag, welcher ſelbſtverſtändlich auch ſtillſchweigend eingegangen werden kann, zu begegnen.

In Beziehung 2) auf die Quaſi-Contracte iſt die negotiorum gestio zu erwähnen, bei welcher gleichfalls von jeder Parthei die Retentions-Befugniß geübt werden kann. Hinſichtlich der negotiorum gestio cfr. außer anderen Stellen l. 1 pr. D. 20, 6. Hier fordert der dominus die Sachen mit der negotiorum gestorum actio direct zurück, die negotiorum gestio iſt aber ein Rechtsverhältniß, welches für den dominus die Verpflichtung mit ſich bringt, die zum Nutzen deſſelben gemachten Ausgaben zu erſtatten. Luden l. c. §. 21 behauptet nach ſeiner Theorie, der Beklagte ſtütze hier ſeine Einrede nicht auf Connexität, dem dominus ſtehe nur die rei vindicatio zu, weil die actio negotiorum gestorum contraria nur auf Erſtattung des Schadens, welcher aus gewinnſüchtiger Abſicht oder Nachläſſigkeit hervorgehe; allein um dieſe Anſicht zu rechtfertigen, interpretirt er die l. 8 D. 3, 5. wo es heißt:

> Sicut aequum est, ipsum negotiorum gestorum — eo nomine condemnari quidquid vel non, ut oportuit, gessit vel ex his negotiis retinet

auf höchſt gezwungene Weiſe dahin, daß dieſes retinet nicht auf das Retentions-Recht gehe, ſondern auf ein Unterſchlagen aus dem fremden Vermögen. Hieher gehört

die Streitfrage, ob ein Retentions-Recht den Schulen und anderen Personen, welche für die Krankheit oder das Begräbniß eines anderen Schülers Aufwand gemacht haben, an den in ihrem Besitz befindlichen Büchern zu statuiren sei. cfr. Schenck l. c. p. 194 und Holzschuher l. c. p. 105. Wenngleich dem Besorger des Begräbnisses eine actio funeraria zusteht, so resultirt daraus doch nicht der erforderliche Zusammenhang, indem der Aufwand nicht, als auf die Erbschaft gemacht, angesehen werden kann. Wenn aber in concreto derjenige, welcher das Begräbniß besorgt, überhaupt als negotiorum gestor des heres anzusehen ist, so muß ihm auch die Retentions-Befugniß competiren. Ferner ist die Retentions-Befugniß des Vormundes an dem Vermögen des Mündels wegen der Forderungen, für welche er die actio contraria hat, in der Natur des Vormundschaftsverhältnisses als Quasicontracts unzweifelhaft enthalten. Thibant Syst. §. 436, Holzschuher l. c. p. 107 und die dort angeführten Gesetzesstellen, z. E. namentlich: l. 1 §. 4 D. 27, 3. Luden l. c. §. 25 sub. 4 glaubt jedoch auch hier das Retentions-Recht absprechen zu können. Die eben erwähnte l. 1 §. 4, bemerkt derselbe, beziehe sich nur auf die compensatio und enthalte nichts über die retentio. Allein es kommt dagegen in Betracht, daß in beiden Gesetzesstellen unter dem Ausdruck: „reputare“ auch die retentio begriffen ist, und überhaupt das compensare auch sonst in der allgemeinen Bedeutung, so daß die retentio mit darin enthalten ist, nicht selten vorkommt (gleichbedeutend mit pensare).

Wenn Luden ferner bemerkt:

> Von den obligatorischen Verhältnissen zwischen dem Vormunde und dem Mündel wird angenommen, es rühre aus einem Contracte her,

so wird dies vollständig eingeräumt, allein es kann nicht für richtig und begründet angesehen werden, wenn er hinzufügt:

„1) dieſer Contract erzeugt aber an ſich nur einſeitige Verbindlichkeit, nur eine Verbindlichkeit des Vormundes; daß auch von Seiten des Mündels eine Verpflichtung ſtatt finde, iſt unweſentlich.“

Luden bezeichnet dieſe Verpflichtung als unweſentlich; aus welchem Grunde kann ſelbige unweſentlich genannt werden? doch keinesfalls inſofern, daß dem Vormunde nicht eben ſo zeitig zur Erſtattung der Auslagen, als dem Mündel zur Herausgabe des Vermögens zu verhelfen ſei! und doch nur in dieſer Hinſicht könnte die Beziehung „unweſentlich“ hier von Bedeutung ſein.

In Beziehung auf das Rechtsverhältniß bei den Condictionen aus rechtloſem Haben, und zwar bei der condictio indebiti, kommt hier der ſchon oben (§ 12) erläuterte in der l. 26 §. 4 D. 12, 6 enthaltene Fall in Betracht, und hinſichtlich der condictio sine causa der in l. 94. pr. D. 46, 3 erwähnte Fall. cfr. Holzſchuher l. c. p. 106. Nach der zuletzt erwähnten Stelle ſteht das Retentions-Recht demjenigen Schuldner, welcher mit fremden Geldſtücken bezahlt hat, und während dieſe noch in integro vorhanden ſind, vom Gläubiger fortwährend ſeiner Schuld wegen verfolgt wird, ſo lange zu, bis dieſer ihm die erhaltenen fremden Geldſtücke zuſtellt. Die Begründung liegt in dem Verhältniſſe, in welchem die gegenſeitigen Anſprüche zu einander ſtehen. Der Gläubiger klagt auf Zahlung der Schuld, der Debitor opponirt, daß er eine Zahlung bereits geleiſtet habe, hiergegen replicirt der Gläubiger, ihm ſei keine gültige Zahlung geleiſtet, indem er fremde Geldſtücke empfangen, die er wieder herauszugeben habe, wogegen der debitor duplicando vorbringt: wenn der Creditor demnach, um zu ſeinem Anſpruch zu gelangen, ein Rechtsverhältniß (das Empfangen fremder Geldſtücke) geltend mache, ſo müſſe derſelbe dies auch gelten laſſen, inſofern daraus für ihn Verpflichtungen hervorgehen, nämlich die zur Zurückgabe der fremden Geldſtücke, indem er ſonſt mit ſich ſelbſt in Widerſpruch gerathe. So ent-

wickelt ſich in dieſem Falle derſelbe Grund, worauf auch ſonſt die Retentions-Befugniß zurückzuführen iſt. Dieſer Fall iſt ein Beweis dafür, daß die Geltendmachung desjenigen Verhältniſſes, worin auch der Gegenanſpruch des Retinenten begründet iſt, von Seiten des Klägers ebenſowohl im ferneren Verlauf der Rechtsausführung (Replik) als gleich bei der erſten Begründung der Klage vorkommen kann.[17])

§. 14. Diejenigen Fälle, in welchen die Verpflichtung des Retentions-Gegners auf einem dinglichen Rechtsverhältniß beruht.

Hier iſt zunächſt der Retentions-Befugniß zu erwähnen, wegen Impenſen und Expenſen, welche ohne ein obligatoriſches oder quaſi-obligatoriſches Verhältniß (alſo auch ohne das Vorhandenſein der Merkmale der negotiorum gestio) auf eine Sache gemacht ſind, wodurch dieſe gleichſam als obligata erſcheint. Hierher gehört das Retentions-Recht des dritten Beſitzers in gutem Glauben wegen verwandter Koſten, z. E. nach l. 29, §. 2 D. 20, 1. Ferner das Retentions-Recht desjenigen, welcher Geld zu wirklich erfolgter Abbezahlung des Gläubigers eines Mündels hergeliehen hat, an der ihm ungültig zum Pfand gegebenen arg. l. 7 §. 5 D. 27, 9. Anderer Seits findet die Retentions-Befugniß ſtatt, wenn eine fremde Sache einen von dem Eigenthümer zu erſetzenden Schaden zugefügt hat, oder anzurichten droht. cfr. l. 6 und 7 §. 2 l. 9 pr. D. 39, 2 l. 55 D. 24, 3 und andere Stellen.

---

17) Ferner liegt hierin ein Beleg mehr für die oben entwickelte Behauptung, daß der Beſitz auf keine Weiſe ein nothwendiges Requiſit der Retentions-Befugniß iſt, denn ſonſt müßte von demjenigen, welcher wegen einer Schuld in Anſpruch genommen wird, behauptet werden, daß er den Betrag beſitze.